

EL DELITO DE NEGACIONISMO EN EUROPA. ANÁLISIS COMPARADO DE LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA¹

DAVID CARES GUERRA
Universidad Católica del Norte

Un tópico de lo más relevante como es el delito de negacionismo, y en una visión más general, el llamado fenómeno negacionista, es al que se evoca esta monografía de Emanuela Fronza. Relevante porque se trata de un ilícito que refleja de manera más diáfana la relación (y cuando no, colisión) entre el Derecho penal con los derechos fundamentales, como la libertad de expresión. También se trata de una obra que bien puede ser considerada como de consulta obligatoria para quienes argumentan que un delito de esta naturaleza debe ser introducido en nuestro ya robusto aparataje punitivo. Efectivamente, el debate cobra fuerza en Chile desde que el 2017 ingresó a la Cámara de Diputados el proyecto de ley que sanciona negar la ocurrencia de violaciones a los derechos humanos cometidas en el país (Boletín 11424).

Si bien se presenta como un análisis penal, cabe alabar la versatilidad con la que Fronza aborda el tópico, propia de quien ha tratado el tema por un ya extenso tiempo (una fugaz mirada a la producción bibliográfica de la autora basta para darse cuenta). Del estudio que se realiza confluye un estudio dogmático del tipo penal en cuestión con un análisis del fenómeno negacionista en clave Derecho internacional penal.

El opúsculo se compone de una breve introducción y tres capítulos, advirtiendo su autora desde ya que la investigación tiene como premisa básica el hecho de que las sociedades contemporáneas se caracterizan por un “culto a la memoria”, de tal forma que la represión jurídico-penal no es sino una manifestación de dicho culto (pág. 21). El Capítulo I cimienta las premisas conceptuales y expone el estado de la cuestión en Europa. Recorre el origen del negacionismo, dando cuenta que se trata de una expresión utilizada inicialmente para referirse a la negación de la existencia de las cámaras de gas utilizadas por los adherentes del nacionalsocialismo, y que la historiografía ha distinguido muy claramente de lo que, en dicho campo, se denomina “revisiónismo”, como un fenómeno distinto al negacionismo. En palabras de la ensayista, este consiste en “reexaminar opiniones historiográficas consolidadas a la luz de nuevos datos, testimonios, documentos e interpretaciones”, no vacilando en afirmar que “el negacionismo

¹ FRONZA, Emanuela, *El delito de negacionismo en Europa. Análisis comparado de la legislación y la jurisprudencia*, (Buenos Aires, 2018), pp. 161.

representa una grave degeneración del revisionismo” (págs. 29-30). El análisis esencialmente histórico da paso al examen del delito en cuestión como forma de reacción de los Estados frente a lo que consideraron una necesidad imperiosa de limitar este tipo de discursos. Sin embargo, tal como hace notar agudamente Fronza, no pocas complejidades harían de esta nueva figura penal objeto de un férreo control constitucional, cuestión a la que se aboca el Capítulo III.

En efecto, desde que Francia lo introdujo por primera vez en 1990 y de que a partir de ahí otros ordenamientos europeos le imitaran, son varias las dudas y pocas las certezas que han surgido en torno al delito ya varias veces mencionado. Una exposición metódica es la que realiza Fronza de cuáles son estas situaciones que devienen sospechosas y que, como tales, hay que mirarlas con atención. Acusa en primer término el problema del órgano competente llamado a fijar los hechos históricos que pueden eventualmente ser objeto de negación, teniendo como antecedente que no son pocos los ordenamientos que exigen, respecto del hecho histórico en cuestión, que haya sido declarado como genocidio o crimen de guerra por un tribunal (nacional o internacional, como el Tribunal de Núremberg) de manera previa. Asumir la fórmula del juez como órgano emplazado a delimitar y otorgar tutela penal a un determinado hecho, supondría dar el polémico paso de hacer coincidir verdad histórica con verdad judicial, que como es de intuir, no necesariamente coincidirán. Más aún, Fronza expresa una razonable preocupación por la compleja situación de crear una verdadera especie de “jerarquía de memorias”, amén de la facultad de la judicatura de decidir los hitos mnemónicos dignos de ser protegidos a través del delito de negacionismo, y aquellos que no. *Mutatis mutandi*, podemos llegar a consideraciones similares si toca al legislador delimitar las memorias dignas de tutela. Complejiza la situación anterior la realidad insoslayable de que algunos hechos son todavía objeto de revisión, estudio, interpretación y, en consecuencia, calificación por parte de los historiadores.

Desde un punto de vista técnico legislativo, es también objeto de un concienzudo análisis los distintos elementos que configuran el tipo penal de negacionismo en los países europeos que lo prevén. En este sentido, diferencias pueden observarse en relación a la “ubicación del delito, las conductas punibles, su objeto y la previsión de elementos típicos adicionales bajo la forma de cláusulas de peligro” (pág. 40). Otro tanto ocurre con el bien jurídico protegido que lo legitima. Así, los ordenamientos lo ubican en el respectivo Código penal, o bien, en leyes especiales; lo consagran a propósito de los delitos contra el orden público o contra la dignidad (de las víctimas). Los verbos rectores pueden ser, además de la negación, la justificación y minimización, que puede ser, a su vez, de carácter cuantitativa, es decir, señalar que el número de víctimas es en realidad inferior a lo que dicen las cifras oficiales, o bien, cualitativa, es decir, señalar que los crímenes “no fueron tan atroces”; en algunos casos, la conducta

debe ser susceptible de ser calificada como grave o flagrante. Todo lo anterior da cuenta de las disimilitudes culturales de los países del viejo continente, fruto de sus propios procesos históricos.

Ya en el Capítulo II, el estudio se centra en el delito negacionista en el marco del ordenamiento italiano. Se parte haciendo un recuento detallado de los intentos y los procesos legislativos que culminaron finalmente en la introducción del delito en cuestión. La particularidad en el sistema italiano radica en que, más propiamente, lo que introdujo fue una agravante a un delito ya existente: el art. 3º de la Ley N° 654 prevé el delito de propaganda racista. El *iter* legislativo que terminó con la introducción de dicha agravante fue la creación de un art. 3º bis, que aumenta la pena “si la propaganda, la instigación pública y la incitación pública se refirieran, total o parcialmente, a la negación de la Shoah o a los crímenes de genocidio, contra la humanidad y de guerra, según la definición del Estatuto de la Corte Penal Internacional” (pág. 66). Posteriormente, el art. 3º sería trasladado al Código Penal, ubicándose entre los delitos contra las personas.

Fiel a una convicción que no se expresa sino hasta el final pero que es posible ir dilucidando a través de la obra, la autora se cuestiona, válidamente, si anterior al nuevo delito negacionista era posible sancionar este tipo de declaraciones a la luz del Derecho hasta ese entonces vigente, considerando que “el ordenamiento italiano ya disponía de un nutrido y sedimentado aparato normativo para contrarrestar conductas de tipo discriminatorio y racista” (pág. 62). Así, repasa las figuras que podrían o pudieron cumplir la función que posteriormente correspondería al citado delito, tanto dentro del *Codice Penale* como en leyes especiales, para posteriormente abocarse de lleno al estudio dogmático de la nueva figura, mediante un acabado análisis de las conductas punibles, su objeto, el peligro concreto de difusión y la faz subjetiva.

Por último, tal como anunciáramos *supra*, el Capítulo III está dedicado a los aspectos constitucionales, cuyo enfoque está dado por el análisis de relevantes sentencias emitidas por algunos tribunales que se han pronunciado sobre el ilícito, y que reflejan los problemas y dudas denunciadas anteriormente. Primeramente, se destaca la sentencia del Consejo Constitucional francés que declaró inconstitucional el tipo negacionista por no ser compatible con la libertad de expresión, además de dejar entrever la peliaguda situación ya planteada de decidir entre la judicatura y el legislador para definir los hechos históricos que quedan comprendidos dentro del régimen de punición. Más interesante aún nos parece la sentencia del Tribunal Constitucional español. Reclamada su intervención para dirimir la colisión entre el delito negacionista y la libertad de expresión, declaró su ilegitimidad parcial en aquella parte que sanciona el acto de negar, mientras que la justificación, “prevista en el segundo párrafo de la norma, solo es delito en la medida que constituya una instigación indirecta a cometer genocidio” (pág. 104). La distinción, *prima facie* artificiosa, resulta muy útil para delimitar

los lindes de las conductas punibles. Si de distinciones se trata, la diferenciación que realiza el *Bundesverfassungsgericht* entre opinión y hecho vuelve a situarnos en la dicotomía negacionismo-libertad de expresión, afirmando (a diferencia de su par francés, en lo que en este punto respecta) que no hay incompatibilidad alguna entre punir las declaraciones de este tipo con el derecho fundamental aludido, pues cabe entender la represión de los discursos negacionistas como un límite a la libertad de expresión.

Las últimas páginas constituyen una reflexión sobre la dificultad de hacer confluir correctamente todos los elementos en juego y de cómo por esto, es que si queremos evitar la propagación de manifestaciones de este corte, es que el fenómeno negacionista debe ser tratado no desde la óptica y herramientas del derecho penal, sino con las armas e instancias de que dispone la actividad política. Esto ciertamente supone un desafío para los actores políticos, pero consideramos es el lugar propicio para tratar dichos temas.